



תפ"ח (באר-שבע) 44281-12-11 - מדינת ישראל נ' מוחמד טרודי

פלילי - חוק העונשין - עבירות מין

var MareMakom = "תפח (באר-שבע) 44281-12-11 - מדינת ישראל נ' מוחמד טרודי, תק-מח 2013(1), 7496(29/01/2013)";

תפ"ח (באר-שבע) 44281-12-11 - מדינת ישראל נ' מוחמד טרודי מחוזי באר-שבע

תפ"ח (באר-שבע) 44281-12-11

מדינת ישראל

ע"י ב"כ - עו"ד מזור

נגד

מוחמד טרודי

ע"י ב"כ - עו"ד אייל רחמים

בית המשפט המחוזי בבאר-שבע

[29.01.2013]

כב' השופט ב. אזולאי - אב"ד

כב' השופט נ. זלוצ'ובר

כב' השופטת י. רז-לוי

הכרעת דין

נאסר פרסום שמה של המתלוננת או כל פרט אחר שיש בו כדי לזהותה.

השופטת יעל רז לוי:

ההלך

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירת אינוס, לפי סעיף 345(א)(1) וכן לפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין.

התשל"ז-1977 (להלן: "החוק"); עבירה של מעשה מגונה, לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(4) לחוק, ועבירה

של שהייה שלא כדין לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

2. על פי הנתען בכתב האישום, ביום 17.12.11 הנאשם שהינו תושב השטחים, שהה בישראל שלא כדין. באותו מועד,

בשעת צהריים, שהתה א.פ. ילידת 1987 (להלן: "המתלוננת") בחוף הים באשקלון, צפונית למרינה, מתחת לקבר השייח'

(להלן: "חוף הים") יחד עם א.ב., בן זוגה. המתלוננת שכבה על בטנה כשלגופה בגד ים בעל שני חלקים, כשחלקו העליון

פתוח וגבה חשוף. לצידה שכב בן זוגה, ושניהם נרדמו על חוף הים.

הנאשם שהה אף הוא באותה העת בחוף הים והבחין במתלוננת ובבן זוגה הישנים. הנאשם ניגש אל המתלוננת וליטף את

שערה, את גבה ואת ישבנה. בשלב כלשהו, חשה המתלוננת, תוך כדי שינה, בליטופיו של הנאשם, אולם סברה כי מדובר

בבן זוגה ולא פקחה את עיניה.



בהמשך לאמור לעיל, הנאשם, אשר סבר כי המתלוננת ישנה, פתח את מכנסיו, חשף את איבר מינו הזקור, הזיז עם ידו את תחתוניה של המתלוננת והחדיר את איבר מינו לתוך איבר מינה. הנאשם עשה כן בידועו שהמתלוננת ישנה ותוך שהוא מנצל את חוסר יכולתה לתת הסכמה חופשית למעשיו.

3. עקב מעשי הנאשם, התעוררה המתלוננת בבהלה, פקחה את עיניה והבחינה בנאשם, כשהוא רוכס את מכנסיו ובורח מהמקום. המתלוננת העירה מיד את בן זוגה כשהיא נתונה בסערת רגשות ובוכיה. עדות המתלוננת א.פ.

1. המתלוננת ילידת 1987, בת 24 בעת מתן העדות בבית המשפט. במועד האירוע התגוררה ב..... יחד עם בן זוגה. המתלוננת סיפרה כי ביום האירוע, היא ובן זוגה יצאו מביתם בסביבות השעה 11:00-12:00 והלכו לחוף הים, כאשר הם תרו אחר חוף שקט, מאחר ורצו לנוח ולישון. הם פרשו שמירה על החוף והמתלוננת שכבה על בטנה במטרה להשתזף, כשהיא לבושה תחתון חוטיני והפס האחורי של חזייתה פתוח. היא ובן זוגה שכבו במרחק נגיעה, כאשר הם דיברו מעט ואז נרדמו למשך כ-20 דקות (פרו' מיום 30.4.2012, עמ' 61, ש' 20-30; עמ' 62, ש' 14-15; עמ' 68, ש' 3-25).

2. את האירוע עצמו היא מתארת כך: "מה שאני זוכרת, שהרגשתי שמלטפים אותי באזור הראש, הצוואר והגב ועדיין שכבתי עם הפנים לחבר שלי, ולא פתחתי את העיניים כי אני רגילה שבזמן שאנו ישנים, הוא מלטף אותי בשיער, ואני אפילו נגעתי בחזרה עם היד שליטפה אותי כי הייתי בטוחה שזה החבר שלי. עד אותו הרגע שאני הרגשתי שמזיזים לי את התחתון וחודרים אלי, זה משהו שחבר שלי לא היה עושה (העדה בוכה ומרכינה את ראשה). באותו הרגע שהרגשתי את זה, פתחתי את העיניים, ראיתי שחבר שלי שוכב מולי וזה היה ממש שניות שסובבתי את הראש וראיתי שזה לא חבר שלי, אותו בן אדם קם בשנייה, סגר את המכנסיים וזרק איזה משהו בערבית, או ניב ערבי ונעלם תוך שניות. חבר שלי התעורר בבהלה ולא הבין למה אני בוכה וישר הביא לי חולצה. מה שאני זוכרת אחרי זה שכשהתחלתי לצעוק בחוף, החבר שלי קם, אני קמתי והתחלתי לצעוק וגם החבר שלי צעק, הוא לא הבין מה קרה ולמה אני בוכה" (פרו' מיום 30.4.2012, עמ' 61 ש' 31 עד עמ' 62, ש' 8).

3. המתלוננת העידה כי לאחר החדירה, היא קמה בבהלה והביעה את התנגדותה למעשה. היא הדגישה כי לא הסכימה למעשיו של הנאשם, אלא בתחילה כאשר הוא ליטף אותה היא חשבה שזה חבר שלה ונגעה בידו וייתכן כי בטעות גם בראשו, ולא התנגדה לליטופים (שם, עמ' 63, ש' 11-16; עמ' 70, ש' 29-30; עמ' 71, ש' 8). עם זאת הדגישה כי היא לא שיתפה פעולה עם הנאשם ובשום שלב לא תפסה את איבר מינו והחדירה אותו: "אם זה היה בהסכמה כמו שהוא טוען שאני עזרתי לו, אז הוא לא היה בורח, הוא לא היה מתרומם כל כך מהר, סוגר את המכנסיים שלו ובורח כמו נמושה, אם זה היה בהסכמה ושאני עזרתי לו" (פרו' מיום 30.4.2012, עמ' 74, ש' 1-6).



4. ביחס למודעותה למתרחש, ציינה כי בשלב שבו ליטף אותה הנאשם, היא לא הייתה מודעת למתרחש ולא התעוררה משנתה, וכי היא התעוררה רק לאחר שהוא הזיז את התחתונים שלה (פרו' מיום 30.4.2012, עמ' 67, ש' 1-3, 8-17). העדה הסבירה את שלבי ערנותה והמודעות לנעשה לה כך: "אני הרגשתי שמלטפים אותי, אבל לא ייחסתי לזה חשיבות פשוט המשכתי בשלי לנוח, לישון, לא יודעת איך תקרא לזה. אני רגילה לזה שאני מתעוררת באמצע הלילה אז החבר שלי מלטף אותי שאני אחזור לישון, אז הרגשתי שמלטפים אותי ואפילו נגעתי לו ביד (העדה מדגימה הושטת ידה כלפי הכתף - הגב). אני לא חזרתי לישון אחרי זה. לא ייחסתי לזה בכלל חשיבות עד שבאמת הרגשתי שמזיזים לי את התחתון ואז התעוררת במלוא מובן המילה. יותר נורא מזה לא יכול להיות" (שם, עמ' 67, ש' 21-26).
5. המתלוננת הדגישה, כי הרגישה בוודאות חדירה של איבר המין של הנאשם לאיבר המין שלה וכי לא היה מדובר בשפשוף מבחוץ, שכן גם מתוך שינה היא הייתה יודעת להבחין בכך (שם, עמ' 72, ש' 19-26; עמ' 75, ש' 6-7). גרסת הנאשם
1. הנאשם נחקר במשטרה ביום האירוע. בחקירתו ציין כי הוא נכנס ויוצא מישראל ללא אישור מזה 8 שנים (ראה אמרתו ת/3, ש' 60-65). ביחס לאירועי אותו יום, סיפר כי הוא הלך לים וראה בחור ובחורה שוכבים על הבטן, כאשר הבחורה לובשת רק תחתון חוטיני. הוא התיישב לידם, ורצה להעיר אותה אבל היא לא התעוררה. הוא הניח שהיא שתתה כי הוא הריח ריח של אלכוהול. הוא חשב שלאף אחד אסור להסתכל עליה, ולכן שם לה את החולצה שהייתה ליד ראשה על הגב וקצת למטה. הוא נגע בה, עשה לה מסאז, ליטף אותה למטה אבל היא לא התייחסה ולא צעקה. הנאשם מספר כי פתאום "עמד" לו והוא רצה לשכב איתה, עד שלפתע היא זזה קצת לצד, תפסה את איבר מינו והכניסה אותו. הוא מספר כי הכניס והוציא שלוש פעמים, אך הוא לא "גמר" (ת/3, ש' 8-10). את תחתון החוטיני הוא הזיז בידו (ת/3, ש' 94). לאחר מכן, המתלוננת התעוררה ראתה שהוא לא החבר שלה והעירה אותו. כשהוא ראה ששניהם התעוררו, הוא קם ולבש את בגדיו (ת/3, ש' 10-11).
2. ביחס להסכמת המתלוננת למעשיו ציין שחשב "שהיא הסכימה בגלל שהיא תפסה את הזין שלי אז היא הסכימה" (ת/3, ש' 81-82). כאשר נדרש להסביר כיצד העובדה שהיא ישנה ולא הגיבה, מתיישבת עם טענתו כי תפסה את איבר מינו, השיב כי הוא העיר אותה והיא לא רצתה להתעורר ובגלל שהוא הכניס והיא לא עשתה כלום, ראה בכך את הסכמתה (ת/3, ש' 81-87). כשהיא התעוררה והעירה את החבר שלה, הוא הבין שהיא לא רוצה (ת/3, ש' 101). לאחר מכן, הוא רץ מהמקום כי התבייש והרגיש שעשה מעשה לא טוב בלי לחשוב (ת/3, ש' 110). בהמשך, ביום 1.1.12 נערך שחזור עם הנאשם, בו הוא הצביע על המקום בו ארע המקרה (ת/6).
- יצוין כי הנאשם עוד בניידת המשטרתית מסר דברים לקצין המשטרה חיים אוזיק, בהם למעשה הודה במעשים, בכך שהחדיר את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת, כשהוא בוכה ומביע חרטה (ראה ת/5).



3. בעדותו בבית המשפט סיפר הנאשם, כי ביום האירוע הלך לחוף הים וראה את המתלוננת שוכבת על החוף על הבטן. המתלוננת לבשה חוטיני בלבד, והוא איש דתי וזה לא מקובל אצל בני דתו, ולכן רצה לכסות אותה. הוא הניח עליה גופיה שהייתה ליד הראש שלה ושם לה יד על הראש ועל הכתף כדי שתתעורר. הוא לא ליטף אותה ולא עשה לה מסאז, אלא שם עליה יד והזיז אותה כדי להעיר אותה. לאחר מכן, המתלוננת הסתובבה לצד שמאל, לכיוון הגבר שישן לידה והושיטה את היד שלה והתחילה ללטף אותו בחזה, בבטן וגם על המכנסיים ואז היא התחילה לשחק עם חגורת מכנסיו. הוא הבין שהיא רוצה לשכב איתו כי היא הושיטה את ידה לכיוון איבר המין שלו, ואז עזר לה והוריד את החגורה ואת המכנסיים עד המפשעה. היא הוציאה את איבר מינו, תפסה אותו ביד שלה והעמידה אותו ומהכיוון הזה, התקרבה אליו וכיונה אותו לצד האחורי בין הרגליים בישבן, כאשר כל זה קרה לדבריו, בין דקה וחצי - שתי דקות (פרו' מיום 24.9.2012, עמ' 80-82; עמ' 83, ש' 1-4; עמ' 85, 3-4; עמ' 87). הנאשם ציין, כי הוא אינו יודע אם הייתה חדירה או לא.
4. הנאשם העיד כי לאחר מכן המתלוננת סובבה אליו את הפנים, הוא ראה שהיא לא רצתה את זה, שהיא הייתה בהלם ומופתעת, ובאותו הרגע הוא עזב אותה (שם, עמ' 82, ש' 6-8). הוא לא יודע אם היא ראתה אותו שם לפני כן, או שהיא ראתה אותו רק כשהיא סובבה את הראש (שם, עמ' 91, ש' 13-18). הוא גם לא יודע באיזה שלב היא התעוררה, אבל בהתנהגות שלה היה נראה שהיא רוצה וזה בהסכמה ושאוּלִי בא לה, עד שהיא הבינה איפה היא נמצאת ומאז שסובבה את הראש, הוא עזב אותה. ביחס לכך שבחקירתו במשטרה ציין כמה פעמים בהקשרים שונים שהמתלוננת התעוררה, היינו שאף לו היה ברור שקודם לכן ישנה, אמר כי בכל פעם הייתה לו כוונה אחרת, למשל שהיא התעוררה מהמחשבות שלה (שם, עמ' 88).
5. כשנשאל כיצד חשב שהמתלוננת מסכימה לקיים יחסי מין איתו כשהיא לא מכירה אותו, לא ראתה אותו ולא יודעת שזה הוא, השיב כי בהתנהגות שלה, בכך שליטפה אותו ושלחה את היד, היא גרמה לו לחשוב שהיא רוצה (שם, עמ' 89, ש' 24 עד עמ' 90, ש' 7). הנאשם ציין, כי הם היו בחוף באמצע היום והיו שם אנשים והוא לא היה חושב לעשות דבר כזה מול אנשים, אבל כשהוא הבין מההתנהגות שלה שהיא רוצה, הוא לא החזיק מעמד (שם, עמ' 83, ש' 11-20).
6. בהתייחס לכך שאמר בחקירתו במשטרה שאיבר המין שלו נכנס לשלה, השיב הנאשם, כי לא הבין היטב את השאלות ולא ידע את השפה ושבחקירה הייתה נוכחת מתורגמנית ממוצא נוצרי מהצפון, כאשר הוא מוסלמי וישנם הבדלים בשפה. עוד הוסיף, כי כיון שלקחו אותו בלילה, הוא לא היה כל כך ערני בחקירה (שם, עמ' 83-84). ביחס לדבריו בחקירה כי הרגיש שעשה מעשה לא טוב, בלי לחשוב, הסביר שהתכוון שלא טוב שאדם דתי כמוהו יעשה מעשה מסוג זה (שם, עמ' 90, ש' 21-8).
- יריעת המחלוקת
- יריעת המחלוקת בתיק זה, אינה משתרעת על פני כל חזית וקיימות עובדות רבות, שהינן מוסכמות.



1. הנאשם במענה לכתב האישום, בישיבה מיום 21.2.2012 הודה בכך שבאותו מועד היה בחוף הים וראה את המתלוננת כשהיא שוכבת בחוף; כי לידה שכב בן זוגה, אם כי לדבריו, הוא לא ידע באותה עת כי מדובר בבן זוגה; כי היה נראה שהמתלוננת ובן זוגה נחים, כאשר הוא לא מאשר שידע שהיא ישנה; כי ליטף את המתלוננת, את שיערה, את גבה ואת ישבנה, אם כי לדבריו, הדבר היה לאחר שניסה לפנות אליה ולהעיר לה על כך שלא מכובד לשכב כך בחוף הים, כיוון שהוא אדם דתי.
עוד אישר הנאשם כי בשלב מסוים, כאשר המתלוננת לא הגיבה, הוא ראה בכך, מבחינתו, שיתוף פעולה. מחשבותיו הפכו למחשבות מיניות, הוא פתח את מכנסיו, חשף את איבר מינו שהיה זקור, נגע עם איבר מינו בגופה של המתלוננת ובאזור ישבנה, אך לא החדיר את אבר מינו, כאשר בשלב מסוים, רכס את מכנסיו ועזב את המקום. מכאן הודה הנאשם בכך ששהה שלא כדין בישראל וכן בביצוע מעשה מגונה- היינו, בהוראות חיקוק 2 ו 3 בכתב האישום.
בישיבה הבאה שהתקיימה ביום 1.3.2012 ביקש סנגורו של הנאשם לתקן את שנאמר בישיבה הקודמת, במענה לכתב האישום, תוך שציין כי הנאשם כופר בכך שביצע מעשה מגונה, לנוכח העובדה שחשב שהמתלוננת מסכימה למעשים.
2. יריעת המחלוקת הינה אפוא במספר עניינים עיקריים:
א. שאלת ההסכמה - האם המתלוננת הסכימה למעשיו של הנאשם, כאשר הנאשם טוען כי הבין מהתנהגותה, כי היא הסכימה למעשיו המיניים, שכן לדבריו היא הושיטה את ידה, אחזה באיבר מינו, תפסה אותו, קרבה אותו אליה והכניסה אותו לאבר מינה; כי לא היה מודע לאי הסכמתה או למצער טעה לחשוב שהיא מסכימה; לעומת המתלוננת שדחתה האמור מכל וכל, תוך ששללה כל נגיעה ואחיזה באיבר מינו.
ב. האם המתלוננת הייתה במצב שמנע ממנה באופן מהותי להביע הסכמה למעשיו של הנאשם, בשל העובדה שישנה והייתה במצב מעורפל במידת מה, והאם מעשיו של הנאשם נעשו תוך ניצול אותו מצב. שאלה נוספת הנגזרת מעניין זה הינה, האם הנאשם ידע שהמתלוננת ישנה בעת שנגע בה, כאשר הנאשם טוען שלא ידע בבירור אם המתלוננת ישנה, ובשלב מסוים סבר בטעות שהיא עושה עצמה ישנה או לא מגיבה במכוון, ואילו לעמדת המאשימה, הדבר היה ברור לנאשם.
ג. שאלת החדירה - האם כפי שהמתלוננת העידה הנאשם החדיר את איבר מינו לאיבר מינה, או האם כפי שהעיד הנאשם, הוא לא יודע אם חדר לאיבר מינה, ובכל מקרה הדבר לא הוכח.
ד. האם הנאשם ברח מהמקום מיד כשהמתלוננת התעוררה והחלה לצעוק, או שהוא עזב את המקום ללא כל בהילות, כפי שטוען הנאשם.
מחלוקות נוספות נגעו לעניינים נוספים, שוליים יותר, כמו השאלה האם המתלוננת בעת שנחה בשפת הים, לבשה חזייה אשר הייתה פתוחה באזור הגב, על מנת שתוכל להשתזף; האם המתלוננת, כטענת הנאשם, לא לבשה חלק עליון כלל; והאם המתלוננת שתתה אלכוהול קודם.
דיון והכרעה



אקדים ואומר, כי בחינת מכלול הראיות שהובאו בפני, ובכלל זה עדות המתלוננת ועדי הראייה שהיו במקום, אל מול גרסת הנאשם, על הפרכות הרבות שבה, הובילו אותי למסקנה כי יש מקום ליתן אמון מלא בעדות המתלוננת, ובשים לב לעדויות המחזקות אותה, ובדחותי את גרסת הנאשם כבלתי מהימנה ובלתי סבירה, מצאתי כי אשמת הנאשם הוכחה מעבר לספק סביר כנדרש.

אפרט טעמי.

בחינת עדות המתלוננת ומהימנותה

1. המתלוננת העידה, כי הלכה לים עם בן זוגה, על מנת לנוח במקום מעט מבודד, שם פרשו שמיכה, היא שכבה על הבטן פתחה את הפס האחורי של חזייתה. המתלוננת ציינה, כי היא זוכרת שהרגישה שמלטפים אותה בראש, תוך שאישרה כי כיון שסברה שמדובר בחבר שלה, אשר נוהג ללטפה כשהיא ישנה, ומאחר שלא פתחה את עיניה, לא עמדה על טעותה ונגעה בחזרה ביד שליטפה אותה ולא התנגדה לליטופים. המתלוננת הסבירה בבירור כי ברגע שהרגישה שמזיזים לה את התחתון וחודרים אליה, היה ברור לה שזה לא החבר שלה, על כן פתחה את עיניה, ראתה את חברה שוכב מולה ומיד התרוממה והחלה לצעוק. המתלוננת שללה מכל וכל את טענת הנאשם, כי היא עזרה לו להכניס את איבר מינו לאיבר מינה, תוך שהדגישה כי לא הייתה עושה כך במקום ציבורי ובפומבי. המתלוננת חזרה והדגישה שכל האירוע היה קצר מאד, עניין של שניות.

2. עדות המתלוננת הותירה בי רושם חיובי ביותר. המתלוננת העידה עדות ברורה, קוהרנטית ועקבית לאורך כל הדרך, שאותות האמת ניכרו בה. התרשמתי כי המתלוננת העידה בכנות, סיפרה על הדברים כהווייתם, ללא כחל ושרק. ניכר היה מאופן עדותה, התנהגותה ומתגובותיה אף במהלך חקירתה הנגדית, כי היא מעידה אמת, מדם ליבה. במהלך עדותה, ניכר היה הקושי של המתלוננת להעיד וכי מצבה הנפשי אינו קל. המתלוננת בכתה, הרכינה את ראשה, התייפחה ובשלב מסוים ציינה כי היא מעוניינת בהפסקה, והמשיכה בעדותה רק לאחר אותה הפסקה (ראו לדוגמא: פרו' בעמ' 61-62 ועמ' 67). עוד יוער, כי המתלוננת ביקשה בתחילה, בטרם עדותה, לא להעיד או לדחות את עדותה בשל מצבה הנפשי הקשה, ואף הוגשו מסמכים בעניין זה.

3. התרשמתי, כי המתלוננת סיפרה במהלך עדותה, גם על אותם חלקים שלא היו נוחים לה, במיוחד במבט לאחור, למשל ביחס לכך שהיא ליטפה את הנאשם בחזרה, כי היא תיארה את הדברים באופן מלא, ולא ניסתה לטשטש אותם. המתלוננת עמדה בחקירה נגדית ארוכה, ולא נתגלו סתירות או בקיעים בעדותה. אציין, כי גם אם בנקודות מסוימות היה שוני בפרט מסוים אליו התייחסה במשטרה, אל מול עדותה בבית המשפט, כמו למשל השאלה אם המדובר בחזייה של בגד ים, או חזייה רגילה, לא ראיתי בכך משום סתירה מהותית היודרת לשורשם של דברים, כאשר ליבת עדותה נותרה מוצקה ואיתנה. בהקשר זה אוסיף, כי המתלוננת אישרה בעדותה שלבשה תחתון וחזייה רגילים, תוך שהסבירה כי לא ייחסה לעניין זה חשיבות, ולכן ציינה כי מדובר בבגד ים (פרו' 30.4.2012, עמ' 67, ש' 30 עד עמ' 68, ש' 2).

חיזוקים לעדות המתלוננת וראיות התומכות בה:



עדות המתלוננת נתמכת בראיות נוספות המחזקות אותה ובכלל זה, עדויות עדי הראייה שהיו במקום, אשר ציינו כי היה נראה שהמתלוננת ישנה בעת ביצוע המעשה; עדות בני הזוג רביד כי הנאשם נלחץ כאשר ראה אותם במקום והבין שהיו עדים לאירוע; אמירותיו של הנאשם לעדים מוחמד אלדודה ומוחמד זמאערה לברוח מהמקום על מנת שהמשטרה לא תתפוס אותם, כדי שלא יוכלו להתחקות אחריו; התנהגות המתלוננת בעת שחשה במעשיו של הנאשם, אשר מיד התרוממה וזעקה כפי שתארו עדי הראייה, התומכת בגרסתה בכך שלא הסכימה כלל למעשים; בריחת הנאשם מהמקום תוך כדי שהוא רוכס את מכנסיו, ומצבה הנפשי של המתלוננת מיד בסמוך לאירוע.

אפרט החיזוקים אחד לאחד.

א. עדותם של מוחמד זמאערה ומוחמד אלדודה

1. מוחמד זמאערה (להלן: "זמאערה") ומוחמד אלדודה (להלן: "אלדודה"), הינם תושבי השטחים אשר היו במקום בזמן האירוע בחוף הים והיו עדים למעשיו של הנאשם. שניהם העידו, כי ראו את המתלוננת שוכבת על החוף לצד מי שנראה היה כחבר שלה. העד זמאערה ציין, כי אז ראה שהנאשם הזיז למתלוננת את התחתונים ו"היה מכניס ומוציא מתוך הבחורה" (פרו' מיום 26.12.2011, עמ' 2, ש' 6-13, עמ' 4, ש' 9-11). העד אלדודה העיד אף הוא, כי ראה שהנאשם הוריד את המכנסים עד מעל הברכיים ואז ראה אותו "מזיין אותה" (פרו' מיום 28.12.2011, עמ' 9, ש' 28-29; עמ' 11, ש' 13). לאחר מכן, סיפרו שראו שהמתלוננת התעוררה, הרביצה לנאשם, העירה את החבר שלה והתחילה לבכות. הנאשם הרים את מכנסיו והתחיל לברוח (פרו' מיום 26.12.2011, עמ' 2, ש' 16-18; פרו' מיום 28.12.2011, עמ' 11, ש' 13-14).

2. העדים סיפרו, כי כאשר הנאשם חלף על פניהם במנוסתו הוא אמר להם לברוח, כיוון שפחד שהמשטרה תבוא ותעצור אותם (פרו' מיום 26.12.2011, עמ' 4, ש' 1-3; פרו' מיום 28.12.2011, עמ' 11, ש' 19-20). העד זמאערה אף הסביר, כי חשב שהמתלוננת ובן זוגה ישנים בעת המעשה, מאחר והיה נראה בהתחלה, שהבחורה לא הרגישה שהנאשם עושה לה משהו ולא הגיבה (שם, עמ' 5, ש' 2-4) העד אלדודה אף ציין שהמתלוננת ישנה ליד החבר שלה (פרו' מיום 28.12.2011, עמ' 9, ש' 7-8).

3. מצאתי את עדותם של עדים אלו אמינה. המדובר במי שיש להם הכרות עם הנאשם מכך שהם פגשו אותו במקום העבודה, וודאי שאין להם כל עניין להעיד לחובתו, ולפיכך, יש לייחס לעדותם משקל משמעותי. עדותם מחזקת בבירור את עדות המתלוננת ביחס לאופן בו התרחשו הדברים, וביחס לכך שהמתלוננת ישנה בעת שהנאשם ביצע בה את המעשים, לכן לא הרגישה בכך בתחילה, וכאשר הזיז הנאשם את תחתוניה וחדר אליה מיד התעוררה, הבינה מה קורה ונזעקה.

ב. עדות בני הזוג רביד



4. עדויות נוספות המחזקות את עדות המתלוננת הינן עדויותיהם של בני הזוג ליטל ואורן רביד - עובדת סוציאלית וסטודנט לעבודה סוציאלית, אשר שהו באותה עת בשפת הים, וראו חלק מן המתרחש. העדה ליטל רביד העידה כי לפתע הבחינה במתלוננת, אשר שכבה על החוף ליד החבר שלה, כשהיא קמה ממצב של שכיבה לשיבה. באותו הזמן קם עוד אדם (הנאשם) סגר את כפתורי מכנסיו, ברח בריצה ועלה למעלה לכיוון הטיילת. המתלוננת התחילה לצעוק ולבכות בהיסטריה ונראה כאילו חיפשה מישהו (פרו' מיום 1.3.2012, עמ' 22, ש' 5-10; עמ' 24, ש' 13-15). בן זוגה - אורן רביד העיד, כי אשתו העירה אותו לפתע והפנתה את תשומת ליבו לאירוע, אז ראה את המתלוננת בוכה עם הרגליים צמודות לחזה וגבר שניגש אליה לנחם אותה, ובאותו הזמן גבר אחר הולך משם לכיוונם כאשר תוך כדי שהוא עולה על המצוק הוא סגר את הריצ'רץ'. בהתחלה הוא הלך ולאט לאט האיץ, כאשר הוא עבר את הצוק הוא כבר היה בקצב ממש מהיר וזה עורר את חשדו (פרו' מיום 1.3.2012, עמ' 27, ש' 13-23).
5. לאחר שראו את המתרחש, החליטו כי ליטל תיגש קודם אל המתלוננת ותנסה להבין מה קרה. כאשר ניגשה אליה, המתלוננת בכתה ואמרה "הוא אנס אותי". המתלוננת החלה לספר לה בשברי משפטים ולא הצליחה להשלים משפט, אך מתוך דבריה הבינה שהיא וחבר שלה נרדמו על החוף, אדם זר שהיא לא מכירה התחיל לגעת בה ואנס אותה. העדה סיפרה, כי המתלוננת אמרה לה שהיא חוששת ממחלות, ולכן הבינה שזה היה אונס של ממש. ביחס למצבה הנפשי העידו שהם ניסו להרגיע אותה, כי הייתה בהיסטריה ממש (שם, עמ' 22; עמ' 27), כאשר אורן ציין, כי שמע שהמתלוננת התקשרה לאמה וסיפרה לה שהוא "אנס אותה" וכשהשוטר הגיע, שמע שאמרה לו "הוא חדר אליי" (שם, ש' 8-12). עוד ציין כי כאשר היה ליד המתלוננת היא אמרה "חשבתי שזה החבר שלי, אני אשמה, איך לא ידעתי" (שם, עמ' 28, ש' 3-5).
6. נתתי אמון מלא בעדותם של בני הזוג ליטל ואורן רביד. מדובר בעדי ראיה אובייקטיביים שאין להם כל קשר למי מהצדדים. אכן בני הזוג רביד לא ראו את האירוע מתחילתו ולא צפו בנאשם בשעת המעשה ממש, אך עדיין עדותם מחזקת את עדות המתלוננת, שכן היא נוגעת לאופן בו היא הגיבה לאחר המעשה. מעדותם עולה בברור כי המתלוננת הופתעה לחלוטין ממעשיו של הנאשם, בשים לב לתגובה הקשה שלה למעשים; לכך שהייתה נסערת מאוד, עד שלא הצליחה לדבר בברור, דבר המעיד על חוסר הסכמתה; ולכך שהמתלוננת, זמן קצר לאחר המעשה, אמרה לעדה ליטל כי הנאשם אנס אותה וכך אף אמרה לשוטר, דבר המחזק את עדותה כי הייתה חדירה.
- ג. התנהגות הנאשם בברירתו מן הזירה:
7. מעדויות עדי הראיה עולה, כי כאשר המתלוננת החלה לצעוק, הנאשם הרים מיד את בגדיו, החל לסגור את מכנסיו וברח מן המקום. יודגש, מתיאור העדים עולה כי הנאשם ברח במהירות רבה, באופן שעד שהנוכחים במקום התעשתו, הנאשם כבר לא נראה באופק.



כך לדוגמא העד זמאערה סיפר כי: "הנאשם שם את המכנסיים והתחיל לברוח" (פרו' מיום 26.12.11, עמ' 2, ש' 16-18); העד אלדודה העיד, כי: "לשאלה מה עשה כשהיא קמה והרביצה לו, אני אומר שהוא ברח" (פרו' מיום 28.12.11, עמ' 11, ש' 15-16); העדה ליטל רביד העידה כי: "אני אומרת שהוא גם היה במצב של שכיבה או ישיבה, והוא התרומם על הרגליים, סגר את הכפתורים ואני חושבת שהוא גם ראה אותי ואת בעלי וזה מה שגרם לו עוד יותר לרוץ ולברוח. אני לא יודעת איך הוא טיפס על הטיילת לכיוון קבר השיח' למעלה בטיילת, ונעלם תוך שניות" (פרו' מיום 1.3.2012, עמ' 22, ש' 23-26). אכן העד אורן רביד ציין, כי בתחילה הנאשם הלך באופן רגיל, ולאט לאט החל להאיץ, היינו שהליכתו הראשונית לא הייתה מהירה מאד (פרו' מיום 1.3.2012, עמ' 29, ש' 6-22), אך עדיין העיקר הוא בכך, שהנאשם, בהרף עין טיפס על המצוק במהירות ונעלם מהמקום.

יתרה מכך, הנאשם עצמו ציין בפני הקצין חיים אוזיזק, כי לאחר שהמתלוננת הסתובבה והתחילה לצעוק הוא הרים את מכנסיו, סגר את הרוכסן ונמלט מהמקום (ראו-ת/4), כאשר מדובר בדברים שאמר הנאשם זמן קצר לאחר שנתפס.

8. התנהגות הנאשם בבריחתו המהירה, מעידה בבירור על תחושת האשם שחש בידעו כי חטא. ההסבר שנתן הנאשם, כי עזב את המקום בשל העובדה ששהה שלא כחוק בישראל, אין בו כדי להסביר את אותה מנוסה מהזירה, תוך טיפוס על צוק והעלמות. אם אכן כדברי הנאשם הייתה "אי הבנה" מצידו בדבר הסכמתה של המתלוננת, הרי רק טבעי שהנאשם יתנצל מיד בפניה או לפחות יאמר אמירה כלשהי, על מנת להסביר עצמו ומעשיו, ולא יברח מהמקום כל עוד רוחו בו. דא עקא, שהנאשם נמלט מהמקום ללא אומר וללא שהחליף מילה עם המתלוננת, לא לפני שביצע בה את המעשים, ולא לאחריהם.

9. לכך יש להוסיף את העובדה, כי הנאשם אמר לשני העדים זמאערה ואלדודה ללכת מהמקום (ראו: פרו' מיום 26.12.11, עמ' 4, ש' 1-3; פרו' מיום 28.12.11, עמ' 11, ש' 19-20), שאף היא מלמדת, כי הנאשם ידע כי פשע ורצה להרחיק מהמקום כל עד ראייה, ככל שהדבר היה בשליטתו, זאת כיוון שהיה ברור לו שהמתלוננת תזעיק את המשטרה לאור המעשים שעשה. בעניין זה אין לקבל הטענה כי הנאשם דאג לעדים שלא יתפסו על ידי המשטרה, שהרי הם יודעים בעצמם כי הם שוהים שלא כדין.

ד. מצבה הנפשי של המתלוננת

10. מעדויותיהם של עדי הראייה ובן זוגה שהיו במקום ביחס למצבה של המתלוננת מיד לאחר המעשים, עולה כי מצבה הנפשי של המתלוננת מיד לאחר המעשים לא היה טוב, היא צעקה, מררה בבכי, הייתה נסערת ומבולבלת והליטה את פניה בכפות ידיה, כשהיא כולה מכופפת.



כך סיפר בן זוגה בעדותו: "היא הייתה היסטורית, היא צעקה ובכתה, ולא הצלחתי להבין מה היא אומרת" (פרו' מיום 1.3.2012, עמ' 32, ש' 21-22). העדה ליטל רביד אשר ניגשה אל המתלוננת מיד לאחר האירוע ציינה כי היא: "קמה והתיישבה, התחילה לצעוק, לבכות ולצרוח, חיפשה מישהו, הסתכלה סביבה, לא הבינה מה קורה, הייתה מאוד מאוד היסטורית אי אפשר היה לפספס את ההיסטוריה שהיא הייתה בה" (פרו' מיום 1.3.2012, עמ' 22, ש' 9-10). העד אורן רביד העיד כי המתלוננת הייתה במצב קשה, במצב של מצוקה. "היא פשוט הייתה ממש במצב שהיא הכניסה את הראש ככה (כשהראש וכולה מכופפת) ומירה בבכי..". (שם, עמ' 27, ש' 26-32). אף השוטר דניאל בר ציין בעדותו כי המתלוננת: "נראתה נסערת, מבולבלת..". (פרו' מיום 16.4.2012, עמ' 47, ש' 21-22).

11. התנהגותה של המתלוננת, צעקות השבר שלה, בכייה, היותה נסערת עד כדי כך שלא יכלה אפילו לדבר בבירור, וזאת לאחר שנעשו בה מעשים מיניים קשים, יש בהם כדי להוות חיזוק לעדותה.

יפים לעניין זה הדברים שנאמרו ב"פ 8036/04 דניאל כהן נ' מ"י (14.2.05) שם נאמר כי: "זאת ועוד, לעדות המתלוננת נמצא חיזוק, והכוונה להתרשמותם של שניים שפגשו אותה בסמוך לאחר האירוע ודרבנו אותה לפנות למשטרת ישראל, והכוונה לחברתה אילנה ומשה פרנקו. שני אלה תיארו את המתלוננת כמי שבכתה והיתה בהלם, וגם בכך יש כדי לבסס את השקפת המשיבה, לפיה לא בדתה המתלוננת את הגירסה המפלילה מליבה". עוד נפסק כי עדות בדבר המצב הנפשי יש בה כדי להעיד על אמיתות הגרסה. יפים לעניינו הדברים שנאמרו לאחרונה ב"פ 6399/10 פלוני נגד מ"י (15.7.12):

"לעדותה זו של המתלוננת, נמצאו חיזוקים בעדויות נוספות שנשמעו בפני בית המשפט, וכן במצבה הנפשי של המתלוננת, עת חשפה את המעשים, דבר שיש בו כדי להעיד על אמיתות גרסתה, ובנסיבות המתאימות יכול מצב הנפשי אף לשמש כראיית סיוע" (ע"פ 1751/10 פלוני נ' מדינת ישראל, לא פורסם, 05.06.2010).

12. כל העדים שראו את המתלוננת מיד לאחר האירוע, מתארים את סערת הרגשות בה הייתה מצויה, ואת מצבה הנפשי הקשה, דבר שיש בו כדי לחזק את עדותה ולהעיד על אמיתות גרסתה. מעבר לכך, מצבה הנפשי של המתלוננת היה קשה גם לאחר האירוע, כפי שצוין בבקשה לדחיית מועד מתן עדתה, שהוגשה על ידי אמה, בצירוף מכתב מהמטפלת אשר טיפלה במתלוננת, מה שהוביל לדחיית שמיעת עדותה מספר פעמים.

ה. עדות בן זוגה של המתלוננת

13. אף בעדות בן זוגה של המתלוננת יש כדי לחזק את עדותה, אם כי הוא ישן בזמן המעשה ולא ראה את אשר נעשה. עדותו מחזקת את דברי המתלוננת כי לא שתתה אלכוהול ביום האירוע (פרו' מיום 1.3.2012, עמ' 34, ש' 3-15). כמו כן, הוא העיד על מצבה הנפשי של המתלוננת וסערת הרגשות בה היא הייתה נתונה לאחר המקרה (ראה הודעתו אשר הוגשה כעדות ראשית - ת/1).

בחינת גרסת הנאשם



1. הנאשם אישר באמרתו במשטרה ובעדותו בבית המשפט חלק גדול מהדברים כפי שתוארו על ידי המתלוננת. עיקר השוני נגע לכך שלטענתו המתלוננת נגעה בו, ליטפה אותו בחזה, בבטן וגם על המכנסים, ואף התקרבה אליו ולקחה את אבר מינו בידה וניסתה להכניס אותו לאבר מינה, ועל כן חשב שהיא מסכימה למעשים, וכן ביחס לכך שלדבריו הוא אינו יודע אם הייתה חדירה.
2. עדות הנאשם בבית המשפט הותירה בי רשם שלילי ולא נתתי בה אמון. ניכר היה כי הנאשם מנסה למזער מעשיו, ולהכחיש חלק מן המעשים, אף את אלו אשר לא שלל באמרתו במשטרה - עניין החדירה למשל. הרשם המתקבל הינו, כי הנאשם משלב המענה ודרך עדותו בבית המשפט, ניסה לשפץ ולשפר את גרסתו; להפחית קטעים מסוימים בהם כבר הודה; להעביר את נקודת הכובד אל המתלוננת; לתלות בה את האשם באשר לגירוי המיני שאחז בו בשל האופן בו שכבה בחוף הים אשר היה פרובוקטיבי לשיטתו, ולימד על הסכמתה לקיום מגע מיני, וכך גם התנהגותה.
3. ניסיון זה יש לדחותו בשתי ידיים ואין בידי לקבלו כלל. לא רק שהוא עומד בניגוד לגרסתו הראשונית של הנאשם ומכאן יש לדחותו בחוסר אמון, אלא אף דינו להידחות לגופו, בשל כך שהוא סותר הן את הדין, והן את העקרונות שהתוו בפסיקה בעניין זה.
- יודגש, אותם שינויים בגרסת הנאשם, באו מתוך רצון של הנאשם לרכך את חומרת מעשיו, למרות שבפני הקצין אוזיזק בניידת המשטרתית ובהמשך בחקירתו במשטרה, הנאשם הודה בחלק הארי מן המעשים, אם לא בכולם. אותו "מקצה שיפורים" בגרסת הנאשם, לא רק שאין בידו לסייע לנאשם, אלא שהוא כשלעצמו, מעיד על חוסר האמון שיש ליתן בגרסתו, ובכך שהנאשם, בצר לו, ניסה בבית המשפט לייצר יריעת מחלוקת, שלא הייתה באמת.
4. חוסר האמון שנתתי בעדותו בבית המשפט, במיוחד בנקודות בהן גרסתו עברה "התאמות", נובע אף מכך שגרסה זו עומדת בניגוד לעדות המתלוננת, בה נתתי אמון מלא, ובניגוד לעדויות עדי הראייה הנוספים.
5. אדגים דברי - עם מעצרו בדירה בה התגורר, בהיותו בניידת המשטרתית ציין הנאשם בפני השוטר עידן עמירה כי "מה שהאישה אומרת הכל נכון וכי הוא מצטער" (ראה דו"ח פעולה סומן ת/5, וכן פרו' מיום 16.4.2012, עמ' 55, ש' 31-32). מיד בהמשך בהיותו בניידת, ביקש הנאשם לדבר עם חיים אוזיזק והודה בפניו, כשהוא בוכה, כי ביצע את האונס וכי החדיר את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת וכי הוא אינו יודע איך זה קרה לו (ראו ת/4 וכן עדותו של רפ"ק אוזיזק, פרו' מיום 16.4.2012 עמ' 53, ש' 21-24). בהקשר זה אוסיף כי הגם שצודק ב"כ הנאשם בטענתו כי היה מקום להזהיר את הנאשם, טרם שמסר גרסה ראשונית במקום לשוטרים שעצרו אותו, הרי בנסיבות שתוארו על ידי השוטרים מהם נראה כי הנאשם הוא שרצה לפרוק את על אשר ליבו, ובשים לב לכך שגרסתו הראשונית כפי שנמסרה לשוטרים במקום, לא השתנתה באופן מהותי לאחר מכן, הרי אין באי האזהרה כדי לאיין את משקל הדברים שנאמרו על ידי הנאשם מיד עובר למעצרו. מעבר לכך אדגיש כי הרשעת הנאשם, כפי שיפורט להלן, אינה מבוססת על דברי הנאשם לשוטרים במקום, אלא על מכלול העדויות שהובאו בפניו והאמור בחקירתו במשטרה, לאחר אזהרתו ובעדותו בבית המשפט. ראה ע"פ 7392/08 סברין אלטורי נ. מדינת ישראל (1.7.09).



6. באמרתו במשטרה "ריכך" הנאשם מעט את הדברים. הנאשם אישר כי כאשר ראה את המתלוננת חשב שכיוון שהיא לובשת רק תחתון חוטיני, אסור לאף אחד להסתכל עליה, ועל כן רצה לכסות אותה בגופייה. הנאשם אישר כי הוא נגע בה, עשה לה מסאז', ליטף אותה מלמטה והיא לא התייחסה ולא צעקה, ואז "אחר כך אני פתאום עמד לי, אני קצת רציתי לשכב איתה" (ת/3, עמ' 1, ש' 8). האמור מלמד, כי באמרתו הראשונה שהיא בוודאי אותנטית יותר, מסביר הנאשם בצורה פשוטה, כי מתוך כך שראה את המתלוננת, הדבר גירה אותו, והוא פשוט רצה לשכב עם המתלוננת. מדברי הנאשם עולה בבירור שהוא החל לגעת במתלוננת, ללא רשות, ליטף אותה ונגע בה, ומשלא נתקל בהתנגדות (שהרי המתלוננת באותו שלב ישנה), חש עוררות מינית ורצה לשכב איתה. הא ותו לא.
- בהמשך הנאשם אישר כי הבין שעשה משהו לא טוב, כאשר לדבריו, בתחילה רצה רק לכסות אותה, אך מודה בבירור כי: "פתאום בא לי מחשבות שאני אשכב איתה" (ת/3, עמ' 3 ש' 57-59). כאשר הוא מתאר שוב את שארע, הוא מספר שהוא פתח את החגורה והוריד את המכנסיים, ניסה להעיר את המתלוננת בעדינות, היא לא קמה ו-"בא לי מה לעשות" (שם בעמ' 3, ש' 79-80).
- אכן הנאשם מציין במהלך אמרתו כי המתלוננת תפסה את איבר מינו, כיוונה והכניסה אותו. עם זאת, עולה בבירור מאמרתו במשטרה, כי הנאשם רצה לשכב עם המתלוננת, איבר מינו היה זקוף, הוא הוריד את מכנסיו, הוציא את איבר מינו והתקרב אל המתלוננת, וכל זאת, אף לשיטתו, כאשר המתלוננת מצידה לא שותפה למעשים ואפילו לא מתעוררת (ת/3, ש' 9-10, 90-92).
7. בעדותו בבית המשפט, בחר הנאשם לתאר את המתלוננת כמי שלקחה חלק פעיל יותר, ללא שניתן הסבר לאותו שינוי בגרסה. בעדותו הוסיף כי המתלוננת היא זו שהוציאה את איבר מינו ממכנסיו, תפסה אותו ביד שלה והעמידה אותו, כי היא התקרבה אליו וכיוונה אותו לצד האחורי בין הרגליים בישבן. נקודה נוספת בה בוחר הנאשם "להבהיר" גרסתו רק בבית המשפט, הינה כי הוא לא יודע אם הייתה חדירה, זאת בניגוד לנאמר בחקירתו במשטרה ואף באמרתו הראשונה לרפ"ק אוזיזק, שם אמר בפירוש שהחדיר את איבר מינו לאיבר מינה (פרו' מיום 24.9.12, עמ' 81, ש' 29 עד עמ' 82 ש' 2).
8. יתרה מכך, מאמרת הנאשם במשטרה, עולה כי הנאשם הבין את הפסול במעשיו ואף הודה בכך שעשה מעשה לא טוב. כך למשל הוא ציין: "כן אני מודה שעשיתי משהו לא טוב אבל תחשוב שאני בהתחלה רציתי לכסות אותה שאף אחד לא יסתכל עליה ופתאום בא לי מחשבות שאני אשכב איתה" (ת/3, ש' 57-58); "התביישתי מעצמי הרגשתי כי עשיתי משהו לא טוב בלי מחשבות בלי לחשוב" (שם, ש' 110). הנאשם מודה אפוא כי משלב מסוים, באו לו מחשבות שהוא ישכב איתה, וזאת בשל כך ש"בא לו", ואז החליט לבצע את זממו במתלוננת, ולא כפי שניסה לטעון בהמשך, כי חשב שהמתלוננת הסכימה. מקרא אמרתו של הנאשם במשטרה, מגלה את האמת במערומויה: הנאשם פשוט החליט לשכב עם המתלוננת, בהתעלם מרצונה, ובניגוד לרצונה, אנס אותה. הנאשם בעדותו לא יכול היה לתת הסבר לדברים שאמר במשטרה ביחס לכך שעשה מעשה לא טוב, והסברו כי התכוון לכך שלא טוב שאדם דתי כמוהו יעשה מעשה כזה, לאו הסבר הוא (פרוטוקול עמ' 90, ש' 19-22).



9. יש ליתן את המשקל המרבי לנאמר בגרסה הראשונית הן בחקירה בתחנת המשטרה והן לדברים שנאמרו לשוטרים שעצרו את הנאשם, בהם יש למעשה הודאה במעשים, ויש ליתן משקל מרבי לאמירות המפלילות הקיימות שם. בעניין זה כבר נפסק כי: "הכלל הוא שכאשר מתגלה סתירה בין עדות (קרי: גרסה) 'מוקדמת' שמסר העד לבין עדות 'מאוחרת' - חזקה על העדות המוקדמת שהיא הנכונה, אם כי, כמובן, חזקה זו ניתנת לסתירה" (ראה י' קדמי, על הראיות, חלק רביעי (2009), עמ' 1853).
10. יתרה מכך, בעדותו בבית המשפט לא יכול היה הנאשם ליתן הסבר לאותם שינויים בגרסתו. כך למשל, לא ניתן הסבר לכך שבחקירתו אמר כי הכניס את איבר מינו. אותו שינוי שצץ בעדותו בבית המשפט, לפיו הוא לא יודע אם חדר או לא, נותר כשינוי חזית בעלמא, ללא כל הסבר מניח את הדעת, למעט רצונו של הנאשם להפחית מחומרת המעשה ולהפכו ממעשה אינוס למעשה חמור פחות.
- אף דברי בא כוחו, כי דברי הנאשם בישיבת המענה בה הודה בעבירה של מעשה מגונה, לא הובנו כהלכה, נעוצים לטעמי, ברצונו של הנאשם למזער מחומרת מעשיו. מנגד, קיימות אותן עובדות בהן הודה בתחילה, העולות אף מעדויות עדי הראייה. בתוך אותו מתחם, ניסה הנאשם לשפץ גרסתו, לרוקן את המעשים מהתוכן והמשמעות הברורה שלהם, ולהותיר שלד רזה, ככל שניתן. ניסיון זה נעשה ללא עיגון בראיות והוא נועד אך ורק לנסות ולמזער המעשים וחומרתם, אך אין בו כדי להועיל.
11. יתרה מכך, עדויות עדי הראייה ובעיקר עדויות העדים אلدודה וזמאערה שהיו במקרה במקום, מלמדות אף הן על האמון שיש ליתן בגרסת המתלוננת, אף בנקודות בהן קיימת מחלוקת, וכי גרסת הנאשם, דינה להידחות מכל וכל. כך למשל, מציינים עדי הראייה, כי לאחר שהמתלוננת סובבה את ראשה, הנאשם הרים את מכנסיו והחל לברוח (עדויות זמאערה; עדותו של מוחמד נעים אلدודה, פרו' מיום 28.12.11, עמ' 11, ש' 15-16; עדותה של ליטל רביד, פרו' מיום 1.3.2012, עמ' 22, ש' 23-26). ודוק, אילו הנאשם סבר כי המתלוננת הסכימה למעשיו והוא פעל בהתאם לרצונה, מדוע נס במהירות, מבלי לשוחח עמה או להתנצל על "חוסר ההבנה". התנהגות זו, הינה בבחינת התנהגות מפלילה מובהקת, המעידה כאלף עדים כי גרסתו בדבר הבנתו שהמתלוננת מסכימה, הינה בבחינת הגנת בדים. דווקא ממעשיו של הנאשם עולים היפוכם של דברים: כי הבין שפשע, כי סבר שהמשטרה בעקבותיו, וכי הזהיר את השב"ח שהיו במקום וראו את האירוע שינסו, שכן חשש שיובילו את המשטרה אליו (ראו: פרו' מיום 26.12.11, עמ' 4, ש' 1-3; פרו' מיום 28.12.11, עמ' 11, ש' 19-20).
- קביעות עובדתיות הנוגעות לטענות שהועלו על ידי הנאשם
- א. מצבה של המתלוננת בעת שהנאשם החל לגעת בה
1. הנאשם טען כי לא הבין שהמתלוננת ישנה כיוון שהגיע מאחוריה, כשגבה מופנה אליו ולא ראה את עיניה. מכאן טען, כי סבר שהמתלוננת ערה ולחילופין, כי לא הייתה לו כל מודעות לכך שהיא נמצאת במצב שמונע ממנה התנגדות. דין טענה זו להידחות. הן מעדות המתלוננת, הן מעדויות עדי הראייה והן מדברים שאמר הנאשם עצמו, עולה כי המתלוננת ישנה, הנאשם היה מודע לכך וניצל עובדה זאת על מנת לבצע את המעשים, אשר נפסקו רק בשלב בו המתלוננת התעוררה בבהלה, כתוצאה מאותם מעשים.



2. מעדויות עדי הראייה, ובכלל זה, העדים אלדודה וזמאערה, עולה כי המתלוננת ישנה על שפת הים ובשלב מסוים התעוררה, תוך כדי שהיא צועקת, וזאת לאחר שהם ראו את הנאשם, בלשונם, "מזיין אותה". בעניין זה העיד מוחמד זמאערה: "... שבגלל שראינו מרחוק את מה שהנאשם עושה, ראינו שהיא לא הרגישה שהוא עושה לה משהו הבחור, היא לא הייתה ערה" (פרו' מיום 26.12.11, עמ' 5, ש' 2-5). עוד ציין כי "בהתחלה הבחורה לא הגיבה ולא עשתה כלום בגלל זה אני חושב שהיא ישנה, אחרי זה כשהתקדמנו עוד קצת היא התעוררה" (פרו' מיום 26.12.2011, עמ' 5, ש' 11-12) (ההדגשה שלי-י.ר.ל). מכאן שהעדים הבהירו, כי היה ברור שהמתלוננת ישנה בעת הנאשם נגע בה.
3. אין בידי לקבל כי מה שידעו והבינו העדים שהיו במרחק מה מהמקום, לא הבין הנאשם, ומכאן ברור שהיה מודע לכך שהיא ישנה, וכי טענתו הינה שקרית, בבחינת היתממות גרידא. יתרה מכך, ידיעתו של הנאשם עולה אף מהדברים שנאמרו על ידו באמרתו במשטרה, שם במספר מקומות, ציין הנאשם כי המתלוננת התעוררה בשלב בו הכניס את איבר מינו לאיבר מינה, היינו שקודם לכן ישנה. הנאשם אומר במפורש, כי היא התעוררה והסתכלה עליו לאחר שהחדיר את איבר מינו: "עשיתי הכנסתי שלוש פעמים ולא שכבתי היא התעוררה הסתכלה עליי כך וראתה שאני לא חבר שלה" (ת/3 עמ' 2 ש' 10) (ההדגשה שלי-י.ר.ל). אמור מעתה אפוא, הנאשם עצמו מציין שהמתלוננת ישנה והתעוררה רק בשלב בו הסתובבה אליו, כאשר האמור עולה בקנה אחד עם עדות המתלוננת, בה נתתי אמון מלא.
- ב. שאלת החדירה
4. לטענת הנאשם הוא אינו יודע אם חדר לתוך איבר המין של המתלוננת, ומכאן שספק זה צריך לפעול לטובתו, ואף מטעם זה אין להרשיעו בעבירה של אינוס. בעניין זה טען ב"כ הנאשם בסיכומיו כי המדובר בתנוחה בעייתית; באירוע שלקח שניות; כשרגליה של המתלוננת סגורות; מכאן שלא מן הנמנע שהנאשם חדר בין רגליה של המתלוננת, ושפשף את איבר מינה עם איבר מינו, אך זאת רק מבחוץ.
5. בחנתי טענה זו ומצאתי שיש לדחותה, זאת בשים לב לעדותה הברורה של המתלוננת בה נתתי אמון מלא, כי הרגישה בוודאות חדירה; כי הייתה מרגישה זאת גם במהלך שינה (פרו' מיום 30.4.2012, עמ' 72, ש' 19-26); בשים לב לעדויות עדי הראייה, התומכות בעדות המתלוננת; ובשים לב לדברי הנאשם עצמו בחקירתו במשטרה. אפרט: המתלוננת כבר מן הרגע הראשון, בזירת האירוע אמרה כי הנאשם אנס אותה. כך ציינה ליטל רביד בעדותה כי המתלוננת: "אמרה שהוא אנס אותה. היא גם אמרה שהיא חוששת ממחלות, אז הבנתי שכאילו זה היה אונס ממש" (פרו' מיום 1.3.2012, עמ' 22, ש' 11-16). אף בעלה אורן רביד ציין, כי שמע את המתלוננת אומרת לאמה "הוא אנס אותי, הוא אנס אותי" וכי לשוטר שהגיע לזירה לאחר מכן אמרה "הוא חדר אלי" (שם, עמ' 28, ש' 8-12), כאשר השוטר דניאל בר סיפר, כי כשהגיע למקום המתלוננת אמרה לו שהוא אנס אותה (פרו' מיום 16.4.2012, עמ' 48, ש' 1-7).



6. עדי הראייה אלדודה וזמאערה מספרים כל אחד בלשונו, תיאור העולה בקנה אחד עם עדות המתלוננת ביחס לחדירה. הם מתארים תנועות עלייה וירידה של הנאשם כשהוא שוכב מאחורי המתלוננת, מוריד את המכנסיים, "מזיין" את המתלוננת "מכניס ומוציא ממנה" [ראו לדוגמא: עדות אלדודה בעמ' 11, ש' 13-18], וכן עדות זמאערה, עמ' 2, ש' 12-13: "אני אומר שהוא היה מכניס ומוציא מתוך הבחורה" (הדגשות שלי-י.ר.ל.). אכן העד אלדודה אישר בחקירה נגדית כי לא יכול היה לראות מהמקום בו היה, אם איבר מינו של הנאשם חדר לאיבר מינה של המתלוננת, אך ציין שהוא הבין ויודע מה ראה וכי: "ראיתי אותו מזיין אותה כי ראיתי אותו לידה והוא זז" (ראה עמ' 15, ש' 15-17). מכאן, גם אם עדי הראייה לא יכלו לראות ממקומם אם הייתה חדירה או לא, עדיין האופן בו תארו את שראו, עולה בקנה אחד עם עדות המתלוננת ותומך בה באופן מובהק וברור.
7. ואם בכך לא סגי, הרי אף מתיאור הנאשם באמרתו במשטרה עולה כי הייתה חדירה. כך מציין הנאשם כי: "חשבתי שהיא רוצה הוצאתי את הזין שלי והתקרבתי קצת אלי היא הרגישה אני שכבתי אחרי הגב שלה והכנסתי היא תפסה בזין שלי והיא הכניסה אותו היא כיוונה אותו והכניסה אותו" (ת/3, ש' 92-90); "שלוש פעמים נכנס והוצאתי ולא גמרתי" (שם, ש' 95) (הדגשות שלי-י.ר.ל.). אין בידי לקבל טענת ב"כ הנאשם כי לא ניתן להבין מאמרתו במשטרה כי הייתה חדירה, כיון שכאשר הנאשם אמר "הכניסה אותו", הוא לא נשאל לאן הכניסה. הנאשם מדבר על להכניס, שהוא על פי ההגדרה הלשונית הברורה - להיכנס ולא להיוותר בחוץ, כפי שמבקש למעשה הנאשם היום לטעון. אין כל סיבה שהנאשם יאמר, שאיבר מינו "נכנס" שלוש פעמים אם לא נכנס כלל. יתירה מכך, עוד בהיותו בניידת המשטרה, עובר למעצרו אמר לשוטר רפ"ק אוזיזק כי הוא: "פתח את רוכסן מכנסיו נשכב על הבחורה והחדיר את אבר מינו לאבר מינה של הבחורה" (ת/4) (ההדגשות אינן במקור-י.ר.ל.). מכאן, ניסיונו של הנאשם לטעון כיום שחדירה לא הייתה, אין לו כל בסיס.
- ג. המצאות המתלוננת במקום יחד עם בן זוגה
8. כחלק מניסיונו של הנאשם לשכנע את בית המשפט כי סבר, גם אם בטעות, שהמתלוננת היא מעוניינת בקיום המגע המיני עמו, טען הנאשם כי לא הבין שהיא נמצאת במקום יחד עם בן זוגה. הנאשם הבין שנדבר נוסף, המעיד על מופרכות גרסתו, הינו העובדה שהמתלוננת הייתה במקום יחד עם בן זוגה, ששכב על שפת הים ממש בסמוך אליה ומכאן ניסה להציג עצמו כמי שלא מבין את הסיטואציות כדי לתרץ מעשיו.
9. לא נתתי כל אמון בטענת הנאשם כי לא הבין שהמדובר בבן זוגה של המתלוננת. ראשית, על פי עדות המתלוננת, בה נתתי אמון מלא, היא ובן זוגה שכבו קרוב מאוד זה לזה. מהעובדה שהמתלוננת ובן זוגה, שכבו בחוף הים זה ליד זה, במקום מבודד, עולה כי ברור היה לכל המתקרב ומביט בהם, כי הם מצויים במקום יחד. מכאן אין כל ממש בטענת הנאשם, כי לא ייחס לכך משקל.



שנית - עדות המתלוננת ביחס למרחק בינה לבין בן זוגה, נתמכת גם בתיאור העדים - ראו למשל: עדותו של אלדודה, פרו' מיום 28.12.11, עמ' 9, ש' 15: "לשאלה באיזה מרחק החבר שלה ישן, אני אומר שלידה, אין חצי מטר ביניהם"; עדות בן זוגה של המתלוננת, פרו' מיום 1.3.12, עמ' 32, ש' 12: "לשאלה איך שכבנו על החוף, אני אומר שצמוד אחד לשני, על הבטן שנינו". יוצא אפוא שכל עדי הראייה, הבינו מיד, כי המתלוננת הייתה במקום יחד עם בן זוגה שהיה לידה. העובדה שהנאשם מיתמם ומציין כי רק בדיעבד הבין שמדובר במי שקשור למתלוננת, למרות שבן זוגה שכב ממש בסמוך אליה, מלמדת אף היא, על חוסר האמון שיש ליתן בגרסתו.

ד. התייחסות לטענת הנאשם כי המתלוננת הייתה ללא חלק עליון.

10. לאחר בחינת עדות המתלוננת, עדות הנאשם, ויתר עדי הראייה, מצאתי להעדיף את עדות המתלוננת כי בשלב בו שכבה בשפת הים, היא הייתה עם חזייה, כאשר היא הסיטה את הכתפיות שלה על מנת להשתזף, וברגע שקמה בבעתה, על מנת להפסיק את מעשיו של הנאשם, החזייה נפלה, כיוון שלא הייתה רכוסה. דברי המתלוננת בעניין זה יש בהם הסבר לעדות עדי הראייה, אשר העידו על כך שהייתה ללא חלק עליון לאחר שהתרוממה.

עוד יוער כבר עתה, כי מצאתי לדחות בשתי ידיים, את הניסיון שנעשה על ידי הנאשם, להטיל דופי במתלוננת ובאופן בו חשפה לשיטתו את גופה, ובכך להצדיק את מעשיו. ניסיון זה הינו ניסיון נואל, אשר אין בידי לקבלו כלל ועיקר, וטוב לו שלא היה נעשה כלל.

ה. התייחסות נוספת לסתירות בעדות המתלוננת

11. ב"כ הנאשם טען, כי התגלו סתירות בעדותה של המתלוננת. כך למשל, ציין כי המתלוננת אינה דוברת אמת בעניין שתיית האלכוהול. הוא סמך את דבריו על כך שהמתלוננת טענה שלא שתתה אלכוהול בדירתם לאחר שחזרו מבית הוריה וכי בקבוק האלכוהול נותר במקפיא (פרו' מיום 30.4.2012, עמ' 64, ש' 28-30). לעומת זאת, בן זוגה העיד כי כאשר התעורר בבוקר מצא בקבוק וודקה על השולחן (פרו' מיום 1.3.2012, עמ' 34, ש' 1). ב"כ הנאשם טען אף כי שוטר אשר חקרה את המתלוננת ביום למחרת, לאחר האירוע, ציינה כי נדף ממנה ריח אלכוהול, ומכאן עולה שהמתלוננת לא אמרה אמת ביחס לכך שלא שתתה באותו יום.

ב"כ הנאשם לא תמך את טענותיו ולא הוגשה כל ראיה המעידה על כך שהמתלוננת הייתה שתויה בזמן האירוע. יתרה מכך, בן זוגה העיד כי היא לא שתתה אלכוהול ביום האירוע (פרו' 1.3.2012, עמ' 34, ש' 5-6). אף עדים נוספים אשר היו בקרבת המתלוננת לאחר האירוע העידו כי לא הריחו ממנה ריח של אלכוהול, (ראו: עדותה של ליטל רביד - פרו' מיום 1.3.2012, עמ' 26, ש' 26.32; עדותו של אורן רביד - שם, עמ' 29, ש' 25-28). על כן, לנוכח דברי העדים כי לא הריחו אלכוהול, לא מצאתי כאמור כדי לפגום באמון שנתתי בעדות המתלוננת ולא מצאתי לקבל את הטענה כי המתלוננת הייתה שתויה בזמן האירוע.



12. כמו כן, לא מצאתי לנכון ליחס חשיבות לסתירה כביכול, בין דבריה של המתלוננת לדבריו של בן זוגה, בדבר קיום יחסי מין בעבר בחוץ בים, כפי שטען הסנגור. אכן המתלוננת העידה כי מעולם לא קיימה יחסי מין עם בן זוגה בים או במקום ציבורי (פרו' מיום 30.4.2012, עמ' 66, שור' 14-2), ואילו בן זוגה סיפר כי הם קיימו יחסי מין בים בעבר (פרו' מיום 1.3.2012, עמ' 34, ש' 16). עם זאת ציין: "אם היה מקרה כזה, היינו בתוך אוהל, לא היינו בחוף, היינו במקום אינטימי באוהל, שבו נמצאים רק שנינו. במידה והיינו מקיימים יחסי מין זה היה בצורה אינטימית" (שם, עמ' 36, ש' 22-23). מכאן שאף בן זוגה שלל אפשרות כי בעבר הם קיימו יחסי מין בחוף הים בפומבי, במצב כמו זה שהיו בו ביום המקרה, ובכך העיקר. עולה כי עדותו של בן זוגה, אין בה כדי לתמוך בטענת הנאשם, כי המתלוננת ניסתה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, שכן חשבה שמדובר בבן זוגה ורצתה לשכב אתו כפי שעשו כביכול, בעבר, שכן קיום יחסי מין בחוף הים בפומבי, לעיני כל, נשלל מכל וכל על ידי בן זוגה.

סיכום

על בסיס הקביעות העובדתיות שצוינו לעיל, אבחן אילו עבירות מבססות אותן עובדות שהוכחו, תוך בחינת עמדת המאשימה כי מעשיו של הנאשם מבססים הרשעה בעבירה של אינוס לפי סעיף 345(א) (1) לחוק העונשין וכן בעבירה של אינוס לפי סעיף 345 (א) (4) לחוק, אל מול עמדת ב"כ הנאשם, כי בכל מקרה אין לדבר על העדר הסכמה או על ניצול מצב המונע התנגדות; כי מעשיו של הנאשם נעשו בהסכמה; מכאן אין הם אינם מבססים עבירה פלילית, למעט שהייה שלא כדין בישראל, בה הודה הנאשם.

המסגרת הנורמטיבית

עבירת האינוס מוגדרת בסעיף 345 לחוק העונשין.

שתי החלופות אשר בהם הואשם הנאשם, מנויות בסעיפים 345(א) (1) 345(א) (4) כהאי ליסנא:

345. (א) הבועל אשה -

(1) שלא בהסכמתה החופשית;

...

(4) תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית;

...

הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש עשרה שנים.

...

"בועל" - המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה;

נבחן עתה את שתי החלופות האמורות.

בעילה שלא בהסכמה החופשית- סעיף 345(א) (1) לחוק

1. טענתו המרכזית של הנאשם הינה כי מעשיו אינם מבססים עבירה, שכן חשב שהמתלוננת מסכימה למעשיו, זאת לנוכח התנהגותה, בכך שליטפה אותו חזרה לאחר שליטף אותה, החזיקה באיבר מינו והכניסה אותו בין רגליה לכיוון איבר מינה.



2. עבירת האינזוס עברה שינויים מהותיים בעשורים האחרונים, בעיקר באותם חלקים הנוגעים להסכמה החופשית, כאשר בוטלו רכיבי ה"שימוש בכוח" והכפייה. הדרישה כי המעשה יבוצע "נגד רצונה" של האישה, הוחלפה כך שהושם דגש על יסוד ה"הסכמה החופשית". שינוי זה הורתו ברצון, להותיר מאחור תפיסות אנכרוניסטיות, תוך מתן דגש לתפיסות ליברליות יותר, העולות בקנה אחד אף עם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, המדגישות את אוטונומיית האישה וריבונותה על גופה. בהקשר זה יפים דבריה של השופטת (כתוארה אז) דורית בייניש:
- "זניחת דרישת ההתנגדות במשפט הישראלי מבטאת שינוי משמעותי בתפיסות התרבותיות והחברתיות בישראל. הוראת החוק בנוסחה כיום משקפת את ההכרה בזכות האישה לשלוט על גופה, והיא מבטאת את השאיפה להגן על אוטונומיית הרצון שלה" (ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 888, 873 (2001)).
3. ברוח דברים אלו, נקבע זה מכבר בפסיקה, כי המבחן לאי הסכמה חופשית אינו מבחן שלילי, אלא חיובי, כלומר על הנאשם להוכיח כי הייתה הסכמה חופשית ולא די בהוכחת היעדר התנגדות. בע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' אופיר בארי פ"ד מח(1) 302, עמ' 375 (להלן: פרשת "האונס בשמרת") דן השופט חשין במשמעות דרישת ההסכמה החופשית, לאור השינוי שחל בסעיף החוק וקבע:
- "שוב-נא אל שני הצמדים שדיברנו בהם למעלה: הצמד של הסכמה ואי-הסכמה, ובצדו הצמד של התנגדות ואי-התנגדות. זו הפעם, דומה, הצטרף ממד נוסף להבנת ההבדל בין שני הצמדים. אם הנחת היסוד היא - וזו היא, אמנם, הנחת היסוד - כי מעיקרו של דין אין מעשה אישות כדין אלא אם הסכימה האישה למעשה - מעשה אישות הוא בין שני שווים - מסקנה נדרשת מאליה היא, שאישה אינה נדרשת כלל להתנגד או להביע אי-רצון - למעשה האישות כדי שהמעשה יהיה שלא בהסכמה. די לה שלא נתנה הסכמתה למעשה, והמעשה יהיה שלא בהסכמה. מתוך שהסכמתה אינה מובנת מאליה ואין היא כמו נתונה מראש - לא הסכמה כללית, בבחינת הזמנה להצעת הצעות, ולא הסכמה מיוחדת - התנגדות למעשה האישות אינו יסוד יוצר בעבירה. אכן, גילוייה של אי-הסכמה יכולים שיבואו בהתנגדות - לעתים קרובות כך הוא - אך אין הכרח שכך יהיה, ואנו לא נעמוד על דרישת ההתנגדות" (ההדגשות אינן במקור - י.ר.ל.).
4. מכלול הנסיבות בעניינו, כעולה בבירור מעדות המתלוננת ומיתר העדויות, מלמד כי לא הייתה כל הסכמה מצד המתלוננת למעשיו של הנאשם, דבר שהיה ברור אף לנאשם. למרות העדר כל הסכמה, הנאשם ביצע במתלוננת את זממו, תוך דריסת האוטונומיה של המתלוננת על גופה, וחילול בוטה של כבודה. נסיבות המקרה שבפנינו, מלמדות על אי הסכמה ברורה, אי הסכמה שהנאשם בחר להתעלם ממנה, תוך שהוא ניצל את המצב שנוצר, בכך שהמתלוננת ישנה ולקח זמן עד שהתעוררה והבינה מה בדיוק קורה, על מנת לאנוס אותה.
5. אין בידי לקבל כלל ועיקר, את טענת הנאשם כי בנסיבות העניין משראה הנאשם כי המתלוננת לא הגיבה, זאת לאחר שהחל ללטף אותה, חשב שהיא עושה זאת בכוונה, משתפת פעולה, ומכאן למד על הסכמתה.



טענה זו, לא רק שהיא נוגדת את ההלכה הפסוקה, אלא שהיא נוגדת את הקול הברור, אשר התווה בפסיקה, באופן מודגש, כי הסכמה צריכה להיות מפורשת, כי הסכמה יש לברר, וכי אין ליתן יד לניסיונות להסיק הסכמה או ללמוד הסכמה מהתנהגות האישה כביכול או מאופן לבושה, כנרמז כאן. הסכמה למעשה האישות, יש לקבל במפורש ובאופן ברור. 6. אדגיש כי אין לקבל את ניסיונו של הנאשם לייצר באופן מלאכותי, הסכמה יש מאין. מעבר לכך, אינני נותנת כל אמון בטענה זו של הנאשם, שכן כעולה אף מאמרתו במשטרה, לנאשם היה ברור שהמתלוננת לא מסכימה כלל למעשה, והוא עשה את מעשיו הנואלים, ללא הסכמתה ובניגוד לה, ומכאן היה ברור אף לו, מיד לאחר מעשה, כי מה שהוא עשה הוא רע וכי הוא חטא.

יפים לעניין זה אף דבריו של השופט נ' הנדל בע"פ 132/10 גטו טוואצאו נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (5.9.2011): "כידוע, לצורך התגבשותה של עבירת האונס, על יחסי האישות להתקיים "שלא בהסכמתה החופשית" של האישה. המבחן אינו שלילי - "אי התנגדות", אלא חיובי - "הסכמה". ועוד - לא כל הסכמה, אלא הסכמה חופשית...הדגש על ההסכמה החופשית של האישה אינו אלא מתן ביטוי לחוט המשולש שבין בחירה מלאה, כבוד האדם והאוטונומיה של הפרט. האוטונומיה של האישה מחייבת שמירה על כבודה תוך הצבת דרישת ההסכמה החופשית. החדירה הכפויה לגופה ונפשה של אישה, פורמת את החוט המשולש בגסות, תוך הפיכת היחיד מסובייקט לאובייקט. התנאי "הסכמה חופשית" מודע לכך שיש הסכמה שאינה חופשית. הסכמה שאינה באמת הסכמה, אלא סוג של אשליה הנוצרת על ידי האחר באופן מלאכותי. זהו מקרה בו היוצר אינו יכול ליהנות מפרי יצירתו. מכאן, אין תמה שכבר נקבע בפסיקה כי שתיקה או התנהגות פסיבית אינן יכולות להתפרש בהכרח כהסכמה וכי יסוד אי ההסכמה יכול להתגבש גם כאשר לא קיים ביטוי אקטיבי..." (ההדגשות שלי - י.ר.ל.).

7. הנאשם מבקש למעשה מבית המשפט לקבוע, כי יכול היה להסיק את הסכמתה ורצונה של המתלוננת לקיים עמו יחסי מין, בחוף הים, כאשר לא הוחלפה ביניהם מילה כאשר המתלוננת לא אמרה לו דבר וחצי דבר, וכאשר ואין ביניהם כל הכרות. טענה זו יש לדחות בשתי ידיים. שנית טענת הנאשם דינה להידחות באופן נורמטיבי, שכן היא מתעלמת מהאוטונומיה של האישה על גופה, רצונה ובחירותיה, ומאיינת למעשה מתוכן את דרישת ההסכמה החופשית. ראש וראשית, תיאור הנאשם את הדברים מלמד, על פניו, כי היה ברור לו שהמתלוננת לא מסכימה כלל למעשיו, ולמרות זאת ניצל את מצבה של המתלוננת בעודה ישנה; לא רק שהוא לא כיבד את האוטונומיה של כסובייקט, אלא שהיא הייתה בשבילו אובייקט מיני בו ביצע את זממו.

8. למעלה מן הצורך יצוין כי ודאי וודאי שלא די בליטוף המתלוננת את ידו של הנאשם או את ראשו בחושבה שהמדובר בבין זוגה, בכדי לבסס הסכמה לבעילה, כאשר על הנאשם מוטלת החובה לברר באופן אקטיבי את רצונה של המתלוננת. ראה גם ע"פ 635/10 פלוני נ' מדינת ישראל (12.1.12).



- העולה למעשה בין השיטין, מגרסת וטיעוני הנאשם, כי כנקודת מוצא הנאשם מבקש שתתקבל טענתו, כי אישה השוכבת על החוף, אף אם בלבוש מינימאלי, מעוניינת או לכל הפחות מסכימה כי גבר זר יגע בגופה, או יחדיר את איבר מינו לתוכה. טענה זו דינה להדחות בכל פה, וכך אף ניסיונו להתלות באופן לבושה של המתלוננת, שהינו ניסיון נואל. מעבר לכך, נסיבות המקרה בעניינו, כאשר מדובר במתלוננת אשר שכבה על החוף כאשר גבה מופנה אל הנאשם, כאשר עיניה עצומות והיא ישנה, לא הכירה את הנאשם, לא ראתה אותו קודם מעולם, ולא החליפה עמו מילה טרם הנאשם ביצע בה את המעשים, כולן מורות כי בפנינו אי הסכמה ברורה, כאשר ודאי שלא ניתן לדבר כלל על הסכמה חופשית.
9. בעניינו, אין מדובר במצב בו: "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם" (סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין). הנאשם לא עצם עיניים לאי ההסכמה של המתלוננת, אלא ידע בוודאות שהסכמתה לא ניתנה, ולמרות זאת ביצע בה את זממו, בהיותו מודע היטב בפועל לאמור. על כן לא רק שאין צורך להיזקק לקונסטרוקציה המשפטית בדבר "עצימת עיניים", אלא שהראיות הישירות והנסיבות מוכיחות, מעל לכל ספק סביר, כי הנאשם ידע גם ידע בפועל שלא ניתנה כל הסכמה מצד המתלוננת למעשיו הנואלים, וביצע את עבירות המין לא רק בידיעה ברורה שלא הסכימה אלא גם תוך ניצול מצבה.
10. הקביעות העובדתיות שצוינו לעיל, נסיבות המקרה והרקע לביצוע המעשים, תוך דחיית טענת הנאשם כי המתלוננת אחזה באבר מינו, מובילות למסקנה אחת ויחידה והיא, כי היה ברור לנאשם שהמתלוננת אינה מסכימה למעשיו, טענת הנאשם כי לא היה מודע להיעדר הסכמתה של המתלוננת למעשיו, מעבר לכך שהיא טענה שקרית, הינה טענה בעלמא שאין בה מאום.
11. למעלה מן הצורך אדגיש, כי גם לו סברתי (מה שאין אני סוברת כלל), שהנאשם "רק" עצם עיניים בנוגע לשאלת ההסכמה, הרי היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירת אינוס על פי סעיף 345(א)(1), הינו מודעות להיעדר הסכמה, כאשר די בקיומו של חשש ממשי להיעדר הסכמה כדי לקיים יסוד זה, ומכאן שאף עצימת עיניים תחשב למודעות(י' קדמי, על הדין בפלילים, חלק שלישי, עמ' 1373-1375 (2006)). וראה גם ע"פ 431/08 ג'ורג' גואברה נ' מדינת ישראל בעמ' 22 (13.04.2010):
12. טענה נוספת שעלתה בטיעוני ב"כ הנאשם הייתה, כי בשים לב לכך שהנאשם סבר שהמתלוננת מסכימה, טעה בפרשנות התנהגותה של המתלוננת. נבחן אפוא טענה זו המבצבצת מבין השיטין מגרסת הנאשם, כי לאור אותה טעות בפרשנות התנהגות המתלוננת עומד להגנתו הסייג של טעות שבועבדה המעוגן בסעיף 34 לחוק העונשין לפיו אשר קובע: "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו".



13. משמעות הסייג הינו כי הנאשם האמין במצב דברים אשר לא התקיים בפועל, כלומר על הנאשם להוכיח כי טעה טעות כנה לגבי מצב שלא התקיים בפועל. במקרה דכאן, ניסה הנאשם להעלות טענה לפיה עומדת לו הגנת טעות במצב הדברים באשר לרכיב ההסכמה החופשית, בכך שחשב כי המתלוננת מסכימה למעשיו המיניים. טענה זו יש לדחות בשתי ידיים. ראש וראשית, לא נתתי כל אמון בדברי הנאשם כי חשב שהמתלוננת מסכימה. מאמירות של הנאשם עצמו, עולה כי הנאשם ידע שהמתלוננת ישנה, היה ברור לו כי היא לא מסכימה למעשיו והוא פשוט עשה בה כבשלו, כאשר הדבר היה ברור לו כשמש, ומכאן תגובותיו הראשוניות היו בכי והבעת צער וחרטה על מעשיו. למעלה מן הצורך אציין, כי טענתו של הנאשם כי לפיה חשב שהמתלוננת מסכימה למעשים מיניים, עם אדם שלא פגשה מעולם ואף לא ראתה אותו והכל כאשר היא ישנה על החוף, מופרכת על פניה ואינה סבירה בעליל, ואף בכך יש לשלול את כנות הטעות ואת קיומו של הסייג עצמו. בעילה תוך ניצול מצב המונע מתן הסכמה חופשית- סעיף 345(א)(4) לחוק

1. שאלה נוספת הינה האם מתקיימת עבירת אינוס, גם על פי חלופה נוספת המנויה בסעיף 345(א)(4) לחוק, המדברת על ניצול מצב המונע הסכמה חופשית. כפי שצוין, מצאתי כי מעשיו של הנאשם בוצעו במתלוננת ללא שהמתלוננת נתנה הסכמה כלשהיא למעשים, לא בדיבור ולא בהתנהגות. מכאן, בחינת חלופה זו הינה אך למעלה מן הצורך, אם כי לגופם של דברים, בחינת יסודות עבירה זו, מלמדים, כי אף חלופה זו מתקיימת בעניינו, וכי מעשיו של הנאשם, מקיימים את יסודות עבירת האינוס, הן בהתאם לסעיף 345(א)(1) והן בהתאם לסעיף 345(א)(4) לחוק.

2. סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין נוסח בצורה רחבה, כך שישמש כסעיף סל, לכל אותם מקרים בהם אישה אינה יכולה או מסוגלת לתת הסכמה חופשית. וכך נאמר בעניין זה בע"פ 7296/07 איתן תורן נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (12.8.2010):

"סעיף 345(א)(4) מדבר במקרה בו האישה שרויה במצב, אשר מונע ממנה לתת הסכמה חופשית. סעיף זה נוסח בצורה רחבה, מעין 'סעיף סל', כדי לתת מענה לקשת רחבה של מקרים, בהם האישה אינה מסוגלת ליתן הסכמה חופשית בשל מצב פיזי, או נפשי בו היא שרויה באותה העת. במקרים אלו די בכך שהנאשם ניצל מצב זה על מנת שייחשב כמי שביצע מעשה אונס. ההנחה העומדת בבסיס הסעיף היא, כי עצם קיום יחסי-מין עם אישה שאינה בהכרה, או בכל מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית - יש בו משום ניצול לרעה של האישה בשל חוסר יכולתה לגבש הסכמה למעשה המיני מתוך תובנה ביחס לטיבו. לפיכך, גם אם לא הובעה באופן מפורש, או ממשי חוסר הסכמה מצד האישה, קמה בסעיף הקטן האמור, בהתקיים נסיבותיו, מעין 'חזקת אי-הסכמה', שהינה תולדה של מצב הקורבן בעת האירוע".

3. עוד נקבע בפסיקה כי די בשלילה מהותית של יכולת הקורבן לתת הסכמה ואין לדרוש כי תימצא שלילה מוחלטת של יכולת התנגדותו. בפסק דין שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון, חזר בית המשפט על הלכה זו וקבע כי: "נזכיר כי לצורך סעיף 345(א)(4) די בכך שתישלל באורח מהותי יכולתו של הקורבן להביע אי הסכמה למעשים ואין צורך כי יכולת ההתנגדות שלו תישלל מכל וכל...אם בשלב כלשהו האישה מצויה במצב בו אינה יכולה עוד להביע את רצונה, לא ניתן לומר כי התקיימה הסכמה חופשית ליחסים, והמשך הבעילה יהא בבחינת ניצול של מצבה וחוסר יכולתה לגבש הסכמה חופשית..." (ראה ע"פ 4443/10 שבתאי קחקוזאשווילי נ' מדינת ישראל, עמ' 19 (20.12.12)).



4. בענייננו, המתלוננת נרדמה על החוף, ובשעה שהנאשם החל ללטף אותה היא לא התעוררה לגמרי משנתה, והייתה במצב של ערפול מסוים, מה שמכונה "נים ולא נים", מצב בו היא לא הייתה יכולה לתת את הסכמתה החופשית למעשה. יתרה מזאת, אף פער הזמן הקצר בין ליטופי הנאשם, לבין מעשה החדירה, לא הותירו בידי המתלוננת זמן להביע את התנגדותה, כאשר כפי שתארה המתלוננת הדברים היו מהירים, היא חשה בהזזת התחתונים, מיד לאחר מכן בחדירה, מיד באותו רגע קפצה ממקומה, והביעה את אי הסכמתה בזעקת שבר. (ראה ע"פ 3005/08 פלוני נ' מדינת ישראל, עמ' 17 (2.3.2009)).
5. ביחס ליסוד הנפשי הרי אף זה התקיים בענייננו. אף עבירת אינוס לפי סעיף 345(א)(4) הינה עבירה התנהגותית של מחשבה פלילית, דהיינו מודעות לטיב המעשה (בעילה תוך ניצול) ולהתקיימותן של נסיבות במצבה של האישה, אשר מונעות הסכמה חופשית (יעקב קדמי, על הדין בפלילים, חלק שלישי, עמ' 1386-1387 (2006), כאשר אף עצימת עיניים או חשד ממשי יחשבו כמודעות. על כן, במקרים בהם עולה חשד ממשי לכך שהאישה נתונה במצב המונע ממנה מתן הסכמה חופשית, חובה על הגבר לברר את רצונה (ראה ע"פ 7296/07 איתן תורן נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (מיום 12.8.2010)).
6. באשר למודעות הנאשם לכך שהמתלוננת הייתה מצויה במצב בו היא אינה יכולה ליתן הסכמה חופשית, הרי ברור מן הראיות שהנאשם הבין שהמתלוננת ישנה ואף ניסה להעיר אותה, ומכאן הבין שהיא במצב בו אינה יכולה לתת הסכמה חופשית. בחקירתו אף ציין במפורש כי רק לאחר החדירה המתלוננת התעוררה והעירה את החבר שלה: "... פתאום חשבתי שלאף אחד אסור להסתכל עליה באתי ורציתי להעיר אותה. לא התעוררה. חשבתי שהיא שתתה הרחתי ריח של שתייה.. ועוד פעם חשבתי כביכול עשיתי לה מסאז כך נגעתי בה ועשיתי מסאז. ושמתי יד שלי מלמטה וליטפתי אותה מלמטה והיא לא מתייחסת ולא צעקה.. עשיתי הכנסתי שלוש פעמים ולא שכבתי היא התעוררה הסתכלה עליי כך ראתה שאני לא החבר שלה, היא העירה את החבר שלה "... (ת/3, ש' 4-11). דבריו אלו מבססים ומעידים על מודעתו של הנאשם לכך שהמתלוננת ישנה, כי הוא לא ברר כלל את שאלת ההסכמה, אלא להיפך, ניצל את אותו מצב בו המתלוננת ישנה ולא הייתה במצב של ערות מלאה ובמהירות על מנת לבצע בה את המעשים הקשים.
- מעשה מגונה
1. הנאשם הואשם אף בעבירה של מעשה מגונה לפי סעיף 348(א) (בנסיבות סעיף 345(א)(4)), ביחס לאמור בכתב האישום בכך שליטף את שערה, את גבה ואת ישבנה.
 2. עבירה זו הינה עבירה התנהגותית "מטרתית". לפיכך, בכדי לבסס הרשעה המעשה צריך להיעשות מתוך מטרה להשיג את אחת התכליות המצוינות בסעיף: גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים (י' קדמי, על הדין בפלילים (2006), חלק שלישי, עמ' 1421).
 3. הנאשם הודה כי ליטף את המתלוננת וגם קרב את אבר המין שלו לאבר מינה, ובשים לב לכך, הודה בישיבת המענה בעבירה של מעשה מגונה, הודאה אותה תיקן בישיבה הבאה. שכן ציין כי למרות שהוא מודה בעובדות, הדברים נעשו בהסכמתה, ומכאן אין בכך עבירה.



4. הנאשם הודה בעובדות המבססות את היסוד העובדתי בעבירה של מעשה מגונה. באשר לטענת הנאשם, כי הדברים נעשו בהסכמת המתלוננת, דחיתי הטענה מכל הטעמים שצוינו לעיל. כפי שקבעתי ביחס לעבירת האינוס, הרי שאף לעניין המעשים המגונים אשר קדמו למעשה האינוס, הנאשם ביצע את המעשים ללא הסכמתה, בשעה שהמתלוננת ישנה תוך ניצול מצבה, מתוך שידע זאת. באשר למעשים עצמם, הרי ברור שעל פי טיבם הם כאלו שנעשים לשם גירוי וסיפוק מיני, כאשר בענייננו ציין הנאשם עצמו בחקירתו כי כאשר נגע במתלוננת: "אחר כך פתאום עמד לי" (ת/3, ש' 8).

שהייה שלא כדין

באשר לעבירה של שהייה שלא כדין, הרי הנאשם הודה בה.

סיכום

לאור כל המקובץ, משנתתי אמון מלא בעדות המתלוננת, בעדויות התומכות בה, ובדחותי את גרסת הנאשם כבלתי מהימנה, אציע לחברי לקבוע כי אשמת הנאשם הוכחה מעבר לכל ספק סביר כנדרש. מכאן יש להרשיעו בעבירת אינוס לפי סעיף 345(א)(1) ולפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין; בעבירה של מעשה מגונה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין; ובעבירה של שהייה שלא כדין לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

יעל רז-לוי, שופטת

השופט ברוך אזולאי:

אני מסכים.

ברוך אזולאי, שופט

השופט נתן זלוצ'ובר:

אני מסכים ומצטרף לדברי חברתי כב' השופטת יעל רז - לוי.

נתתי אמון בעדות המתלוננת ובעדים הנוספים. בנוסף, הנסיבות הן, שהמתלוננת וחברה ישנים על החוף, והנאשם, שלא מוכר לה, מנצל את מצבה וחודר לאבר מינה, הכל בחוף ציבורי ולאור היום. בנסיבות אלה לא רק שההיגיון וניסיון החיים מלמדים, שלא ניתנה הסכמה של המתלוננת - גם לא בשתיקה - אלא גם שאין כל בסיס לטענה המופרכת לפיה הנאשם למד על הסכמתה בשתיקה למעשיו. כבר נפסק:

"אכן, המאשימה היא שנושאת בנטל השכנוע בהליך הפלילי. יחד עם זאת, "כאשר אשמתו של נאשם נלמדת ומוכחת לכאורה מכוחן של הראיות שהובאו נגדו, עובר הנטל הטקטי אל כתפי הנאשם להציג תרחיש חלופי סביר המתיישב עם חומר הראיות ועומד במבחן השכל הישר" (ראו למשל: ע"פ 10996/03 נרקיס נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 27.11.2006), בפסקה 15; ע"פ 3914/05 אחרר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.11.2008), בפסקה 16)). מתוך: ע"פ 9277/11 פאדי גבאלי נ' מדינת ישראל, תק-על 2012(4), 11171, 11175 (2012) לא רק שהנאשם לא הרים נטל זה, אלא את טענותיו האבסורדיות יש לדחות בשתי ידיים.

נתן זלוצ'ובר, שופט

לפיכך הוחלט, כאמור בחוות דעתה של השופטת יעל רז-לוי, להרשיע את הנאשם בכל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום. ניתנה היום, י"ח שבט תשע"ג, 29 ינואר 2013, במעמד הצדדים ברוך אזולאי, שופט אב"ד